

律师与 ADR 探析

刘美蓉

(厦门大学法学院, 福建·厦门 361005)

内容摘要 ADR指美国近30年来逐渐发展起来的诉讼之外解决纠纷的各种途径的总称。ADR在英美等国家已得到极大的发展和广泛的运用。在我国大力加强法制建设的今天,随着市场经济的发展,人们法制意识的增强,日常生活中争议的增多,ADR无疑是减轻法院工作量的有效途。我国律师在ADR中将为社会主义法律体制的建立和完善提供直接的法律服务,及时解决民事、经济纠纷,维护社会秩序的稳定。

关键词 律师 ADR 诉讼

【中图分类号】D916.5

【文献标识码】A

【文章编号】1008—6870(2002)02—0073—04

Analysis of Lawer And ADR

Liu Mei Rong

(Law Faculty of Xia Men University 361005)

Abstract: ADR is a gengral name of various ways which solves legal issues besides legal procedure in America over 30 years. ADR has been widely applied and improved in UK and USA. In today's China with improving legal system construction and improving legal idea in people's mind increasing quarrel and conflict in daily life possibly put ADR into practice as an effective way to reduce the people's Courts work. Lawers of China will provide ADR directly as a service for the establishment and perfectibility of socialism legal system to solve civil economic issues and keep the steadiness of social public order.

Key words: Lawer ADR Procedure

ADR指美国近三十年来逐渐发展起来的诉讼之外解决纠纷的各种途径的总称。在美国,60年代前人们之间各种纠纷主要通过诉讼解决。进入60年代后,仲裁、调解等手段受到了普遍重视,其他诉讼之外解决纠纷的方法,如小型审判、简易陪审制度等,在实践中不断被创新和使用,这些方法不再具有诉讼的特征,统称为ADR。传统的诉讼程序所暴露出的缺陷,如所需耗费的大量时间、财力,一些特殊行业纠纷使专门训练的法官难做出公平合理的判决,公开审理案件使当事人的保密要求难以达到,导致人们到诉讼之外去寻求解决纠纷的方式。60年代起,美国民事、经济案件冗积现象严重,但美国法院每年财政拨款并无相应增长,无法扩大对案件的消化能力。在这种尖锐的矛盾下,简便、快捷、花费少而有效的ADR方式便应运而生。而进入90年代后,ADR更是得到了联邦政府、法院和广大美国民众的支持,发展十分迅速。布什政府制定的一系列法令,如1990年的《行政争议解决法令》和1991年的《民事司法改革

实施法令》推动了ADR的运用和发展,各州法院根据联邦政府的要求制定了ADR方案,大量的公司和个人接受了ADR各种方法调解纠纷,1993年美国律师协会成立了ADR纠纷解决分会。美国仲裁协会每年仲裁调解的案件达60000件,1993年总数突破100万大关^[1],这些数据表明RDR已经得到广泛应用,深入人心。ADR的发展表现在其运用范围不断的扩大,包括劳资、会计、医疗、保险、家庭等民事领域和建筑合同、土地租赁、知识产权和贸易等经济领域,各州法院还在不断扩大ADR的适用范围。

一、ADR的性质及特征

(一) 非正式性

尽管非正式性是个模糊的用语,但讨论ADR的学者几乎都会提及非正式性,并引以为立论的根据,所谓非正式性是从传统的诉讼解决争议角度来看的,因为从国家的角度看,诉讼是解决争议的正式机制和民间解决争议的方法。因没有公共权力的

【收稿日期】2002—03—10

【作者简介】刘美蓉,女,厦门大学法学院教师。

参与是不正式的，公共权力参与程度不够也是不正式的，但这比前者正式了一点。从律师的角度来看，ADR 解决争议时可资遵守的规则是非常少的，与作为规则体现的法律比较显然不够正式；从当事人角度看，在使用 ADR 时，其权利义务并不如在诉讼中明确，因而显得不正式。ADR 的非正式性，既是 ADR 推崇者推崇其的理由之一，也是反对者反对其的理由之一。赞同者认为 ADR 的非正式性是 ADR 作为“非规则化运动”应有的特征，有助于有效地解决争议，使当事人获得“非正式地的正义”。反对者则认为“非规则化运动”实际是对政府的否定。

（二）合理性

合理性是指在 ADR 程序中，当事人意思自治占有非常重要的地位，这种意思自治表现在以下几方面：首先，是否选择以 ADR 解决争议由当事人自行决定，即使是有个别 ADR 由法院强制执行，法院也是基于这样的认识，即当事人并不知道 ADR 的优越性，强制其进入 ADR 是为让其了解这一程序，而且一旦当事人了解，他们会自愿运用这一机制，而如果实践表明这一方法确定不为当事人所喜欢，当事人事先通过否认程序结果的效力来表现否认 ADR 的意思，如在简易陪审重判中对陪审团作出建议性裁决，当事人可以自由赋予其效力，如不接受，则进入诉讼程序。其次，如果当事人选择了以 ADR 解决争议，他们可以自行距诿多能工解决争议的程序规则，也可以选择有关提供 ADR 服务的机构所提供的程序规则。第三，当事人根据一定的程序得到一定的实体结果时可以自由赋予其效力。如果在调解和谈判中对其结果不满意，则可以中止 ADR 程序，也可以不赋予中立方作出的书面结论以强制执行力。

（三）共融性

ADR 的共融性是指尽管从理论上 ADR 的诸立法可以划分得很清楚，但在使用 ADR 解决争议的过程中，各种 ADR 机制是互相融合的，当事人可能会同时使用各种机制，如在调解的过程中，调解员可能同其在调解外的特殊的社会地位而向当事人施加压力，迫使当事人恪守自己提出的裁判性方案；而在仲裁中，仲裁员可能为了当事人的利益对当事人进行调解，使其自行解决争议。而在所谓的“混合程序”中，更是从程序上明确规定诸种 ADR 程序的融合使用，如美国公共援助中心提供的示范程序包括两步争议解决程序（调解/或微型审判→

仲裁/诉讼）、三步争议解决程序（谈判→调解/或微型审判→仲裁/诉讼）。因此，“包括律师在内，很多人根本不知道各种程序有所不同，而是把所有非诉讼方法与 ADR 混为一谈。”

（四）附属性

附属性是就 ADR 作为争议解决方式与诉讼的关系而言的。首先，诉讼自产生就逐渐成为解决争议的主导机制，而 ADR 的实践尽管长期存在，由于其解决方式在本质上是由当事人自主决定的，没有公共权力的参与或公共权力对争议解决过程影响的程度不深。因此，ADR 不能有效解决的争议最终仍要通过诉讼解决；其次，从程序的角度上看，ADR 的程序规则相对于诉讼的程序规则而言，由于赋予了当事人更多自由，从而显得不够正式，而且实际上前者还是仿照后者根据实际需要加以制定的，有类似之处；最后，ADR 并不替代法院来解决所有的争议，ADR 的目的是为了使法院免于陷入那种不需他们参与也能解决的案子中，使法院能集中精力解决必须由他们解决的争议，因此有必要保留法院（诉讼）作为解决争议的合法机¹³构。

二、ADR 给律师带来的影响

作为为社会提供法律服务的执业，律师的任务首先在于维护当事人的合法权益，这是由律师的职业属性所决定的。其次，律师的任务还在于维护法律的重要实施，以维护当事人的合法权益及帮助执法机关和司法机关正确执行法律。在西方社会，经过了几个世纪的努力奋斗，律师赢得了当事人的信赖，争取到了较高的社会地位。在我国，律师行业起步较晚，律师事业正处于发展阶段，但随着市场经济的发展，律师正日益赢得社会的普遍尊重和信赖。尽管如此，不管在西方社会还是在我国，传统上人民总是把律师与诉讼联系起来。这种主观意识在某种程度上应该说是正确的，但是随着争端解决方式的多样化，这种认识越来越狭窄了。律师不但在诉讼中扮演着积极的角色，而且在非诉讼的争端解决中也发挥着重要的作用。同时非诉讼争端解决方式（ADR）也给律师带来了巨大的影响，表现在以下几个方面：

（一）律师在诉讼中的地位与律师在 ADR 中地位的不同

代理律师是委托方当事人合法民事权益的维护者。代理律师参加诉讼是基于当事人，法定代理人的委托，他所享有的诉讼权利，除法律规定律师应

享有的权利外，都是当事人法定代理人所授予的。因此代理律师工作的直接目的，应是维护委托方当事人合法民事权益，不得有有损于委托方当事人合法权益的言论和行为。

代理律师是诉讼代理人的一种，属于诉讼参与人，是民事诉讼法律关系的主体。享有《民事诉讼法》和《律师法》直接规定的权利。这些权利基于律师的特殊身份，而非当事人法定代理人的授权，这些权利包括到法院查阅卷宗材料的权利、向有关单位和个人调查的权利。其二是因代理关系而取得的诉讼权利，这基于当事人法定代理人的委托授权，属于一种“继受权利”。

代理律师经委托人的特别授权，具有能够使诉讼程序发生变更和消灭的诉讼权利，是包括起诉权、上诉权、反诉权、撤销权、和解权、承认对方诉讼请求权等。因此代理律师是诉讼主体。作为诉讼主体的代理律师，行使实体权利的处分权，能够使诉讼程序发生变更或消灭，这直接关系到委托方当事人的切身利益，行使时必须慎重，应尽量同委托人反复协商，并征得委托人的同意。

在诉讼中，由于律师主要任务在于维护当事人合法权益，并且出于对胜诉的需要，律师的表现往往是锋芒毕露的，这一点尤其表现在对抗庭审中律师激烈的言辞及针锋相对的态度，这恐怕也是我国大多数人民群众为律师形象勾勒出的草图。

由于 ADR 是一个集合概念，以下笔者以调解为例简述律师在 ADR 中的地位及任务。譬如在主持调解中，律师接受双方或多方当事人间的委托作为争议当事人之间的调停人主持调解，这是由于律师作为社会法律工作者熟悉法律和政策，以争议当事人共同委托的中间人的身份主持调解容易得到各争议当事人的信赖，在争议当事人之间斡旋，其角色由诉讼中侧重的委托方当事人合法民事权益的维护者转化为一旨在化解纷争的中间人，角色更为柔和，其工作的重点不在于激烈的反驳或辩论上，而是努力在争议当事人之间冲突的立场上找到一个双方一致的小空隙，以谋求和解。主持调解的律师并非诉讼主体，因此不享有诉讼实体权利，其享有的权利范围较诉讼中的律师享有的权利范围要窄，仅限于当事人委托的范围。因此主持调解的律师应当保持争议各方当事人平等地举证、提建议和争辩。律师只是居中运用事实和法律说服各方当事人，使各方当事人能够心平气和、民主协调地解决矛盾，达成调解协议。总之，在诉讼中律师的角色

更为独立和突出，在 ADR 中却相对柔和。作为一名试图息事宁人的调解人，ADR 中的律师或许可以作为以往一些人心目中律师作为“讼棍”的形象正名。同时，律师在 ADR 中也不受诉讼程序的制约和影响。

此外，在 ADR 中，由于 ADR 本身即诉讼外的争端解决方式具有多样性，因此律师在 ADR 中的身份相应地也具有多样性。有时是代理人身份，有时又是调解人身份。而在律师诉讼中，身份就显得比较单一了，或者是辩护人，或者是诉讼代理人，不可能有其它身份，也不可能同时身兼辩护人和诉讼代理人两种身份。与此相应地，律师在 ADR 中的工作方式也是多种多样的，如代理仲裁、调解、参与谈判、主持调解等。

（二）ADR 的发展扩大了律师的业务范围

随着当代社会律师在社会经济生活中的地位变得越来越重要，作用也越来越突出。ADR 的广泛应用，使得律师的业务范围进一步扩大，超越了几个世纪以来的仅作为当事人代理参与诉讼的传统业务。在 ADR 中，律师可代理仲裁案件的当事人参加仲裁活动，作为仲裁案件的当事人的代理参与仲裁程序，为当事人起草仲裁申请书或答辩书，在仲裁庭上发表代理意见，维护仲裁案件当事人的合法权益，律师代理调解，律师主持调解，律师代理当事人参加争议双方的协商或谈判等等，不胜枚举。

（三）ADR 对律师提出了更高的要求

律师参与 ADR，可以促使纠纷、争议通过仲裁、调解、双方直接谈判的途径进行解决，这就避免了长期以来的所有纠纷、争议都通过诉讼途径解决的状况，早在 19 世纪末美国就开始通过 ADR 解决其法院中民事、经济案件大量冗积的“瓶颈”现象。时至今日，ADR 在英美等国家已得到极大的发展和广泛的运用。在我国大力加强法制建设的今天，随着市场经济的发展，人们法制意识的增强，日常生活中争议的增多，ADR 无疑是减轻法院工作量的有效途径，使法院有时间和精力处理好重大、复杂的工作，从而提高审判质量。由于法制建设比较落后，人们的法制意识、法律知识还十分地缺乏，而在人们试图更为有效地利用 ADR 解决纠纷的时候，具有法律专业知识的律师无疑起到了举足轻重的作用，律师凭其专业知识引导纠纷解决过程，使之合法化、有效化、安全化。这种作用将随着 ADR 的发展在我国日益体现在生活中的方方面面，从而使整个社会形成一个有机完整的法制社

会。我国律师在 ADR 中将为社会主义法律体制的建立和完善提供直接的法律服务，及时解决民事、经济纠纷、维护社会秩序的稳定。

与此同时，ADR 对律师提出了更高的要求。ADR 业务领域构成广泛，是一种综合性、专业型和实践性都很强的工作。它不仅需要律师必须具有深厚的法律专业知识，还要求律师具备其他相关专业知识，如金融、证券、房地产、知识产权、国际贸易反倾销等方面的专业知识，同时还要具有丰富的实践经验。实际上是对律师的综合素质和综合能力的全方位的检验。首先，它要求律师必须具有较强的专业知识；其次，它要求律师必须善于学习、更新、深化专业知识，熟练的业务知识是律师参与非诉讼争端解决方式的基础。

律师在 ADR 中的工作方式更为强调策略。律师在与对方当事人协商、调解时，由于自身所维护的利益不同，难免会发生争执，但要尽量避免激化矛盾，引起冲突。律师办理 ADR 的目的是维护当事人的合法权益，寻求争议当事人之间有可能达成一致平衡点。工作中应尽量避免冲突，做到有理、有利、有节是律师成功办理 ADR 的诀窍。办理 ADR 不可能一蹴而就达成协议，因而必须持之以恒，应尽量避免或减少 ADR 由协商转为调解，再由调解转为仲裁，又由仲裁转为诉讼情况的发生，应运用适当的方式避免矛盾的激化，使纠纷、争议在萌芽状态上就得到解决，要有对当事人高度负责的责任感，只要有调解的一线希望，律师就不应轻易放弃，不能在受到刁难时缺乏冷静，出于一时之气而转入诉讼程序，从而增加讼累，加重当事人的负担。此外，ADR 中律师要减少或降低对法院的依赖心理，否则办理 ADR 时难以尽心尽职，律师办理 ADR 时要有破釜沉舟的信心和意念，不是迫不得已一般不轻易转入诉讼程序。办理 ADR 对律师的道德水准也提出了更高的要求，譬如要求律师尽职尽责，与当事人坦诚相待，不能为获取较高的律师诉讼代理费用而不尽职尽责，甚至蒙蔽当事人，将可以协商或调解的纠纷转入诉讼程序。

三、律师办理 ADR 时应遵循的原则

ADR 是一个集合概念，律师在办理 ADR 时应

当根据所采用的具体 ADR 形式展开工作。律师在办理 ADR 时，应遵循以下三个原则。

首先是意思自治原则。是否选择律师维护自己的权益、是否选择 ADR 的方式解决纠纷以及选择何种 ADR 方式解决纠纷，完全取决于当事人意愿。这一点和诉讼不同，法院代表着国家，在一方起诉时或认为有必要时根据法律强制当事人参加。同时，当事人选择律师事务所、选择律师、选择争端解决机构、选择争端解决员、选择争端解决程序、选择争端解决准据法也都完全出于本人意愿。而诉讼程序遵循强制与处分原则，当事人不能自由选择，当事人是无法按个人意愿选择法官的。相比之下，律师与 ADR 从一开始就遵循当事人意思自治的原则，而且完全是由当事人意思自治才可能引起的，而诉讼则不然，它带有强制性的不可选择性，当然这是由诉讼有国家强制力保证实施的特性所决定的。

其次是效益原则。律师作为精通法律的专家，总是最大限度维护和争取当事人的权益，甚至通过事前预防或者和解的方式息诉。ADR 解决纠纷一般都比较快，比如仲裁实行一裁终局的制度，裁决期限较诉讼短，是双方当事人解决纠纷的最快的方式。而诉讼一般要经过两审，且诉讼期限较仲裁长，不是在没有其它选择的情况下当事人是不愿选择这种方式解决纠纷的。因此律师在选择诉讼和 ADR 的时候，应该充分考虑纠纷解决的效益问题，一般情况下应该优先考虑 ADR。

再次是不公开原则。当事人基于对律师的信赖，将关系自己生命、自由或财产等权利的事务委托于律师，将有关证据和情况提供给律师，律师负有义务为当事人保守秘密。但是一旦以诉讼的途径解决当事人之间的争议，律师将很有可能不得不出示这些需要保密的资料证据，从而破坏了这些资料的保密性。与此相应，ADR 一般是不公开进行的，通俗一点说就是法律认可的“私了”，这就使得现代商业活动中涉及到一些不宜公开资料的争议有了更好的解决方式。

参考文献：（略）

（责任编辑 楚林智）